HENRICI DE BODEN
JURISCONSULTI HALLENSIS CELEBERRIMI,

DISQUISITIO JURIDICA
DE

PRÆSCRIPTIONE EX SOLO TEMPORIS LAPSU PROCEDENTE,

Von der
auf den bloßen Ablauf der Zeit gegründeten Verjährung.

NAPOLI

HALAE SALICAE,
APVD IOANN. CHRISTIANVM HENDELIVM
MDCCL.

Digitized by Google

Digitized by Google

PROOEMIUM.

DE materia, ſeu objecto habendæ Diſſertationis Juridicæ Inauguralis ſollicitus, tale præ ceteris argumentum eligere conſtitui, quod quam maxime utilitate aliqua ſe commendaret, nec tamen prolixam requireret tractationem: Imprimis cum dum per luſtrum, & quod excurrit, practicis negotiis addictus, partim temporis penuria includar, partim quoque in theoreticorum argutiori lima inexercitatum me agnoſcam, ac multitudine allegatorum ſuperbire faſtidiam. Nulla autem mihi ex vaſto juris ambitu materia, majorem utilitatem forenſem præbere videtur, quam illa, quæ de præſcriptionibus agit, ex qua pro temporis ratione unicam tantum practicam quæſtionem, quan-

Digitized by Google

tum ingenii vires & ſcientiæ circuli permittent, examinare ac enucleare intentio eſt. Hocque modo in præſentiarum oſtendere conabor, minus recte fundatam eſſe, Dd. quamvis plerorumque ſententiam: hodie in quacunque temporis præſcriptione ex morum æquitate, & de Jure Canonico, ſolum temporis lapſum nihil juris tribuere, ſi non accedat ab initio & in progreſſu ignorantia rei alienæ, ſeu bona fides; Hancque ita ſine diſtinctione tam in præſcriptione, quæ uſucapioni æquiparatur, & dominium adjicit, quam in iſta, quæ ſaltem exceptionem tribuit, ita neceſſariam eſſe, ut nunquam in tempore in LL. præſcriptioni determinato, abeſſe poſſit. Quam opinionem in tantum veris argumentis, non tam ex Dd. Commentariis quam ex juſta LL. interpretatione, & rationali uſu forenſi deſumptis, deſtruere audeo, ut in contrariam evincam: præſuppoſita præſcriptionum differentia, in LL. fundata, & communi Dd. calculo adprobata, ad illam, quæ ſaltem exceptionem tribuit, nihil amplius quam ſolum temporis lapſum requiri: Hancque ſententiam tam in jure Civ. quam

quam Canonico, ad quod in hac materia tanquam ad ſacram anchoram confugere ſolent, immo in vera praxi fundatam eſſe. Cujus laboris mei ut felix ſit ac proſperus ſucceſſus, eoque vera jurium interpretatio promoveatur, divinum ſupplex auxilium, ac officioſe B. L. favorem imploro.

§. I.

Rerum dominia ſibique habendi cupiditas demum neceſſitatibus, ex peccato inductis, inter homines ortas eſſe, ac in ſtatu naturæ perfectæ exulaſſe, eo minus eſt dubium, quo primæva obſervata charitate, homines non niſi in abſolutiſſima rerum omnium communione vivere potuiſſe, contra *Bæclerum ad Grotium*, certiſſimum videtur. Cum vero poſtea ex adverſo iſte naturæ corruptæ ſtatus invaluit, dominium ratione aliorum excluſivum, non tantum admiſſum, ſed & tanquam neceſſarium malum, licet in ſe iniquum, *vid. Luc. 16. v. 9.* hominibus injunctum eſt, quo unusquisque mutua, & ad commune bonum tendente charitate nunc exulante, ipſe aliquadantenus neceſſitati ac indigentiæ ſuæ ac ſuorum ſuccurrere poſſit: quo ſenſu proprietas, ſeu dominium rerum externarum, quamvis ex peccato oriens, juris naturæ corruptæ, ſeu in ſtatu præſenti, recte dicitur, de quo late *vid. Diſſert. Dn. Præſ. explicat. præcept. non furtum facies, ſ. ſ. prior* ſed opus tamen omnino fuit, talem nunc naturalem, aliquid ſibi habendi licentiam, certis legum cancellis includere; quo minus prava hominum multa poſſidendi cupiditas anſam, ad infinitas ſu-

per rebus, earumque dominio, ſuborientes altercationes & peccaminoſa odia præbere poſſit: Quæ utique ad conſervandam ſocietatem præcaveri, merito in bene conſtitutis Rebuspubl. utile viſum. Hinc latæ ſunt leges, in quibus dominia acquirendi, ac alium obligandi modi præſcripti ſunt, certaque pro conſequenda re, vel ejus utilitate, tempora introducta, tam ad dominii ſemel legitime acquiſiti conſervationem, quam ad ejusdem acquiſitionem, vel juſtam amiſſionem tendentia; cum abſonum videretur, rerum dominia diu nimis in incerto eſſe *pr. Inſt. de Uſucap.* Quibus legibus in Republ. promulgatis merito obtemperandum, utpote ex ipſis Juris Naturæ fontibus deductis, quicquid etiam in contrarium afferre conetur *Cujacius ad Tit. de Uſucap. Lib. 1.* & e contrario recte procedit Respublia, quando iſtis non obſervatis, aſſiſtentiam juris externi pro acquirendo, vel conſervando dominio denegat. Hinc ortæ diverſæ uſucapionum & præſcriptionum leges, pro coërcenda hominum negligentia, & ad diligentiam conſervandarum rerum excitandam, introductæ; quas omnino fragilis hominum memoria, & tranſitoria vitæ humanæ curſus, ſeu vana brevitas, quibus circumſtantiæ interim obvenientes facile oblivioni traduntur, & ne tandem omnia in incerto eſſent, utique requirebant. Unde non tantum ipſa rerum dominia, ſed etiam actiones, alias jure conceſſæ, certo tempore tandem evaneſcere determinandum fuit. Quod non ſolum neceſſitati & utilitati Reipubl. ſed etiam naturali juſtitiæ convenire pluribus & irrefragabilibus argumentis evincere poſſem, niſi, illud jam pridem a tantis Viris, eruditione & doctrina admodum celebribus, ac conſpicuis factum eſſet. Vid. H. Grotius *de J. B. & P. Lib. 2. c. 4. per tot.* Hugo de Roy *de eo quod juſtum eſt L. ult.* Lud. Malquytius *de vera JCt. Philoſoph. L. 2. c. 4.* Molin. *de*

J. &

Digitized by Google

J. & J. Tr. 2. D. 61. Confer. etiam M. T. Ciceronis *Oration. pro Cæcinn.* ubi uſucapionem finem ſollicitudinis & periculi litium adpellat.

§. II.

Hæ autem determinationes, propter rerum cauſarumque varietates, & ipſæ non niſi diverſæ eſſe potuerunt, & cum inſuper iſtæ, quoad ad certa temporis eis aſſignata ſpatia, non ex Jure Naturæ fluant, ſed hominum inventioni unice debentur, neceſſarium quoque conſequens fuit, illas pro Rerumpubl. diverſitate invicem quoque differre; ut ſic nulla alia, niſi immemorialis præſcriptio, (a temporis certa determinatione abſtinens) juris gentium exiſtat, quæ & proinde quin ipſos Principes teneat & obliget, ipſa naturali ratione hoc dictitante, nullum mihi eſt dubium, uti docte refutatis diſſentientium argumentis, ſolide ſatis probat H. Grotius *de J. B. & P. Lib. 2. c. 4. per tot.* quod aliter docere velle, communi gentium ſenſui repugnaret.

§. III.

Quamvis vero dictum ſit, determinationes certas pro acquirendo, vel amittendo dominio, ſive ejus utilitate, inventas, pro Rerumpubl. diverſitate invicem differre: illud tamen veriſſimum eſt, Romanorum legum in hac materia æquitatem, & prudentiam ceterarum Rerumpubl. legibus omnibus palmam præripuiſſe, ab iſtoque, quo illæ latæ ſunt tempore, multorum populorum animis ſe adeo inſinuaſſe, ut easdem hic determinationes habere variæ gentes, & imprimis Germani non dedignati fuerint vid. Arthurus Duck *de uſu & auct. jur. civ. Rom. in domin. princ. chriſt.* Id quod non tantum ad hoc utile eſt adduxiſſe, quo non ſolum exinde jur. Rom. etiam in hac materia præſtantia & perfectio pateſcat (quæ quidem ex tam diuturni Imperii experimentis,

&

& ex æquitatis ratione ſatis evidens eſt) ſed etiam ut eo magis detegatur corruptus ſeceſſus, quem ab hoc præſtanti atque bene exculto jure poſterioribus temporibus fecerunt JCti germani: loco illius vel alicujus inculti aut incerti imo incogniti antiqui Germanici juris, prætextu Germanicæ ſimplicitatis, id eſt. Teutſche Tumheit, quam ſubtilitati Romanæ, der Römer wohlausgedachten Klugheit, vulgo opponunt, vel etiam excuſſo licet Romani Dominatus jugo, tamen Juris Canonici diſpoſitiones ex pia ſuperſtitione in plerisque adhuc amplectendo, uti teſtatur. Gail. *Lib. 2. Obſerv. 18. num. 10. cum ibid. alleg.* Hoc enim jus parum juri Roman. circa prudentiam bene adminiſtrandæ juſtitiæ addidit, ſed potius multum detraxit; quod hoc bono fine prorſus fere deſtitutum, & ad ſtabiliendam papalem hierarchiam compilatum, vana paſſim ſomnia pro juſtitia & æquitate venditat; Et quamvis in aliquibus & quandoque ſolida quadam moralitate ſeſe commendet, tamen hujus cum jure Civili confuſio, plurimis Dd. diſſenſionibus & erroribus anſam dedit.

§. IV.

Quemadmodum igitur hoc Jus Canonicum in aliis juris materiis, imprimis quoad idolum judiciarii ejusdem proceſſus inconſulte a Germanis receptum eſt; ita quoque illius præ jure civili receptionem in materia præſcriptionum damnoſam eſſe, tanquam efficaciorem litium fomitem ſubminiſtrantem, utique ſuſtineo, & infra uberius oſtendam. Interim cum textus juris Canonici a Dd. pro fundanda opinione, de bona fide in omni præſcriptione requirenda allegari ſolitos penitius inſpicio, illosque paulo attentius conſidero, obſervo: eos pro contraria mihi ſententia adeo claros non eſſe, uti Dd. exiſtimant, potius judico, quod male ab eisdem & contra eorundem ſenſum allegentur. Ad quod demonſtran-

monſtrandum, præmittenda eſt notiſſima illa diſtinctio, inter uſucapionem dominium adjicientem, eique æquiparatam præſcriptionem, tam longi temporis, vid. *tot. tit. C. de Uſucap. transform.* quam aliquam etiam longiſſimi temporis vid. Struv. *S. J. C. Exerc. 43. th. 19. & ſeqq.* & inter illam præſcriptionem, quæ tantum naturam exceptionis retinet. Idem *d. l. th. 6. ſeqq.*

§. V.

In priori præſcriptione tam habilitas rei acquirendæ, quam animus acquirere volentis, & inde reſultans juſtitia, vel injuſtitia, conſideranda ſunt, ne juſte dicatur acquiſitum, quod conſcientiam gravat, & ordinem in Republ. bonasque leges offendit; ubi jus canonicum in eo quidem a jure civili recedit; quod dum pro abbreviandis litibus jus civile ex juſto titulo pro re, ad acquirendum habili, conſequenda, pleniſſimam bonam fidem præſumat. *l. 48. ff. de acquir. rer. dom. l. 48. ff. de uſucap. & præſcr. l. 6. pr. l. 40. ſ. 2. ff. de acquir. vel amitt. poſſ. l. un. C. de uſuc. transform..* Vid. de effectu præſumtionis ex juſto titulo reſultantis Alciat. *de præſcript. Reg. 3. præſ. 5.* Jus Canonicum, quaſi magis conſcientiis conſulendo, toto tempore uſucapiendi continuatam bonam fidem requirat *Cap. 5. & C. fin. X. de præſcript.* cujus quidem vix caſum dabilem, ſecundum externam juſtitiam decidendum, quis adducere poterit. Conſentiunt quippe ipſi ſaniores Canoniſtæ in eo, quod non ſufficiat ad inducendam ſupervenientem malam fidem dubius poſſidentis animus, aut ſcientia ex conjecturis præſumpta, ſed quod probandum ſit, poſſeſſorem poſtea certam & indubitatam habuiſſe ſcientiam, quod res ad alium pertineat *arg. d. Cap. ult. & can. 8. cauſ. 34. qu. 1.* Covarruv. *ad Reg. poſſeſſ. P. 2. ſ. 2.* Molin. *de juſt. & jur. tract. 2. Diſp. 16. & 63. n. 9. & ſeqq.* quod quomodo fine tortura ſpirituali, & clericali imperio obtineri poſſit, hactenus

non capio, ut ſic illud additamentum juris pontificii non niſi lites producas, ac protelet, & cauſam controverſam prætenſo conſcientiæ papali foro ſubjiciat.

§. VI.

Ex hac vero juris Canonici diſpoſitione, juncta æquiparatione uſucapionis & longi temporis præſcriptionis, olim reſpectu italici & non italici ſoli diſtinctarum Vinn. *ad Inſtit. d. l.* Borch. *ibid. n. 6.* minus recte concludunt Dd., quaſi jam omnis præſcriptionis & uſucapionis jura confuſa ſint vid. Ludw. *ad Inſtit. h. t.* id quod *ex tot. tit. ff. de diverſ. & tempor. præſcript.* uti & ex diverſa ipſius vocabuli præſcriptionis denotatione ſatis adparet. In genuina enim & juridica acceptione, præſcriptio idem eſt, quod exceptio vid. *rubr. de except. ſ. præſcript. ff. & C. & l. 2. C. de prec. imper. offer. it. l. 2. C. ſi contra jus, vel utilit. publ.* eodem modo ſumitur *tot. tit. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Longi vero temporis exceptio, ſeu præſcriptio, etiam adjectionem dominii operatur *d. l. un. de Uſucap. transform.* vid. inſuper acceptio in *l. 18. ſ. pen. de Judic. l. ult. de ſuſpitutor. l. 3. de prævar. l. ult. & pen. C. de Exc. l. 11. in fin. ff. eod. l. 29. pr. ff. de except. rei judic. & l. 91. ff. de ſolut.*

§. VII.

Hoc tantummodo adhuc de uſucapione, & præſcriptionibus, dominium rei adjicientibus, hic notandum, quod jus civile in eo injuſtitia non laboret, quod in iſtis bonam fidem ab initio ſaltem requiſiverit *l. 48. ſ. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. un. C. de Uſucap. transform.* Cum enim ſit is & intentio introductorum, & per leges publicas firmatorum, uſucapionis & præſcriptionum jurium ſit ſalus ac utilitas publica, illud quod forſan, ſuperveniente poſſeſſoris mala fide, iniqui habere prætendi poſſit, (quamvis caſus per deducta in

Digitized by Google

th. 5. vix ſit dabilis) ſatis tamen contra ſingulos publica utilitate, accedente alterius per temporis lapſum, legibus definitum, negligentia, rependitur; & ſatis ſic erit Magiſtratui ſecundum leges rem primitus acquiſitam eſſe, temporis diuturnitate bonæ fidei loco exiſtente. Neque etiam bona fides præciſe neceſſaria eſt in dominiorum acquiſitionibus, ut patet ex deprædatione bellica, quatenus juſta ex cauſa res alterius invito domino aufferri & retineri poteſt, ita ut conſcientia rei alienæ nihil officiat; ſunt verba Hahnii *ad Weſenbec. tit. de Uſurp. & præſcript. N. 13.* Cum ideoque adhuc magis ratio peccati, quæ verti dicitur in præſcriptionibus, ceſſet lege poſitiva, quæ illas induxit, in conſcientia obligante, etiam & ipſum peccatum ceſſare dicendum erit. Accedit, quod Imperator *pr. Inſtit. h. t.* ſuppeditat argumentum; ne ſcilicet rerum dominia diu in incerto ſint: Ex iſta enim, loquor cum Vinn. *Comment. ad Inſtit. h. t.* incertitudine dominiorum oritur, ut res quæque negligentius habeantur, agri minus diligenter colantur, parianturque lites & controverſiæ, quibus ut facillima via occurratur publice intereſt. Quamobrem etiam Imperator Juſtinianus, cum uſucapionem improbum dixiſſet præſidium, impiamque temporis allegationem *Nov. 9.* ipſe poſtmodum conſtitutionem abrogavit *per Nov. 111. & 133. cap. 6.* experimento doctus, eam ex uſu Reipubl. non eſſe.

§. VIII.

Merito itaque hic taxamus jus Canonicum, quod illud ex ſolo iſto principio, quidquid non eſt ex fide, peccatum eſt, & non admittendum, has Reipubl. ſalubres ſatis juris Rom. diſpoſitiones ex foris noſtris abire juſſerit, ſuas non alia intentione introducendo, quam quæ tunc temporis ad hierarchicæ jurisprudentiæ principia firmanda, inſeminanda-

que conveniens judicabatur. Sed hæc ad ea pertinent mala, quæ ab interpretibus vix corrigi poſſunt, ut judex potius nunc recte ſecundum illa propter ſemel factam eorum in foris receptionem pronunciet. Sicut in genere in omnibus juris materiis jus canonicum, per iſtud jam adductum principium, ſimiliaque illi figmenta, in foris ſuperſtitioſorum Germanorum ſe adeo inſinuavit, ut in quibus de peccato agitur, iſtud ſequendum teſtentur Dd. vid. Gail. *Lib. 2. Obſ. 18. num. 10. cum ibid. alleg.* Quamvis etiam, quod ad præfatam antea juris civilis diſpoſitionem attinet, eidem jus Canonicum contrarium non eſſe ita probare conetur Hahnius ad Weſenb. *all. loc.* ut reſtringendum eſſe dicat *Cap. ult. de præſcript.* ad forum pontificium, quia in iſto ante tempora Innocentii III. Pontif. valuerit præſcriptio cum mala fide cœpta *per cap. 2. ʃ. 16. qu. 4.* id quod poſtmodum Pontifex corrigere voluerit *per alleg. Cap. ult.* neque tamen illum propterea intendiſſe e medio tollere *totum titulum de præſcript. 30. vel 40. ann.* atque ita leges Imperii abolere: quam in rem citat Matth. Coler. *ad d. cap. ult.*

§. IX.

Hiſce nunc ita expoſitis, revertor ad ſcopum, inquirendo paulo attentius in naturam præſcriptionum, earumque ſpecies diverſas. Et quidem oſtenſa jam ſupra §. V. differentia inter præſcriptiones conſpicua, de illa nunc agendum erit, quæ juxta leges, & Dd. facultatem tribuit alterius alias competentem actionem, vel realem, vel perſonalem, ope illius exceptionis elidendi. Hanc præſcriptionem in ſpecie ſic dictam, & naturam præſcriptionis, ſeu exceptionis, retinentem, commode ita definiri poſſe exiſtimo: Quod ſit modus legitimus jus illud alienum per ſolum temporis lapſum elidendi, quo alter, actionem non inſtituendo, contra eum a quo

quo petit negligenter per tempus, lege definitum, non fuit uſus, cum uti debuiſſet. Struv. *Synt. Jur. Civ. Exercit. 48. th.3. §.6.* Ex qua definitione adparet, quod iſta de jure civili tantum lapſum temporis, non poſſeſſionis qualitatem, nec bonam fidem, ut facit illa, qua dominium, vel jus quoddam poſitivum acquiri poteſt, reſpiciat: Sicque ergo comparata tantum tribuat exceptionis beneficium in actionibus perſonalibus, ut & detentionis in actionibus realibus, commoditatem, uti dicitur in *l. 8. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.*

§. X.

Hujus generis olim fuit omnis præſcriptio, ſed poſtea jure Codicis tam iſta, quæ ex longa poſſeſſione competebat, juxta ea, quæ dixi *ſupr.* quam etiam ea, quæ longiſſimi temporis dicitur, certis caſibus eandem vim juris, quæ uſucapioni primum ſoli tributa erat, accepit *l. 4. 7. & pen. C. cit. tit. l. un. Cod. de Uſucap. transform.* Conf. Struv. *alleg. Exerc. §.5. in fin.* & Hahnius *ad Weſenb. all. loc. in Not. 7. ad verba: triginta annor.* id quod jure Digeſtorum incognitum erat. Hæc autem nihilominus etiam inter iſtas præſcriptiones, ad dominii acquiſitionem habiles, remanſit differentia, ut ad illam, quæ longi temporis dicitur, omnia in ſpecie ſic dictæ uſucapionis requiſita, tanquam eidem in totum æquiparatam, neceſſaria ſint; iſta vero longiſſimi temporis in certis quibusdam *ab alleg. autor.* allatis caſibus nihil amplius, quam ſolam bonam fidem requirat.

§. XI.

Quod autem ſic ad alteram quaſi præſcriptionis longiſſimi temporis, exceptionem tantum contra agentem tribuentis, ſpeciem attinet, certum eſt; quod ſicuti uſucapio, & cæteræ præſcriptionum ſpecies propter vitandam domi-

 niorum

niorum incertitudinem, ita hæc ad coërcendum refrenandumque innatum quaſi hominibus litigandi pruritum introducta ſit: ne ſcilicet in infinitum litibus movendis, inſtituendisque actionibus locus concedatur. Sunt hujus præſcriptionis multifariæ ſpecies, reſpiciendo nimirum ad temporum diverſitatem, de qua videri poſſunt Dd. *ad tit. de diverſ. & temp. præſcr.* Iſta vero quæ in ſpecie longiſſimi temporis dicitur, & per quam actioni ex civili jure deſcendenti præſcribitur, primario eſt hujus loci. Competit hæc primo in caſibus, ſi dominus per longiſſimum tempus non petat rem, vel jus ab altero, pro ſuo, quamvis mala fide poſſeſſum, v. gr. ille qui titulo pro herede, vel pro poſſeſſore poſſidet, quin hac exceptione tutus eſſe poſſit, mihi nullum eſt dubium, *l. ult. C. de Uſucap. pro hered.* non obſtante, utpote in qua non de præſcriptione longiſſimi temporis, exceptionem tribuente, ſed de uſucapione, vel eidem æquiparata præſcriptione longi temporis diſponitur, quod innuunt verba: nullo temporis longi ſpatio (non vero longiſſimi) domini intentio abſumitur, imo verba initialia, & totus contextus cum rubrica oſtendunt, de vera uſucapione, non vero de præſcriptione, quæ alterius intentionem ope exceptionis elidit, ibidem agi. Quod vero ad ipſam theſin noſtram attinet, recte hic monet Struv. *alleg. loc. ſſ. 20.* ut, ſi ex voluntate ipſius domini, ſed non titulo juris translativo, quam poſſeſſor ſibi arrogat, rem teneat, domino prius intervertatur poſſeſſio. Deinde etiam hæc præſcriptio & quam maxime in iſtis caſibus obtinet, quando ſcilicet aliquis neque vere, neque quaſi quid poſſidet, quod alterius eſt, ſed alias alter habet actionem quandam contra iſtum, & per longiſſimum tempus non inſtituit eam, cum inſtituere debuiſſet & potuiſſet vid. *l. 3. & 4. C. all. tit.* Ubi tamen generaliter hic contra Dd. communiter notandum,

dum, quod in caſibus, ſi dominus non poſſit incuſari de ſua deſidia, nullam temporis præſcriptionem ipſi nocere, per expreſſam diſpoſitionem in *l. 2. ʃ. 1. C. de agricol. & cenſit.*

§. XII.

Intentatur itaque hac longiſſimi temporis præſcriptione non alicujus juris, vel actionis acquiſitio, ſed tantum exceptio quædam propter lapſum temporis & negligentiam alterius ita alicui competens, ut actionem adverſus ſe intentatam, vel inſtitutam ab ipſo prætenſo domino, ope iſtius, elidere poſſit; *per vulgata.* Quamvis, ſpecialiſſimo caſu, etiam ex hac præſcriptione contra cum detur rei vindicatio, qui ei, qui hoc modo præſcripſit, rem iſtam per vim eripuit, *l. 8. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* idque ſine dubio ex magno iſto odio, ita contra ordinariam juris regulam ſancitum eſt, quo jus Rom. omnes iſtos in hac præſcriptionum materia proſequitur, qui iniquo modo poſſeſſiones rerum quærere ſtudent, vid. *l. 2. C. de furt. & ʃ. 2. Inſt. de Uſucap.* Unde etiam Colerus *Conſ. 30. n. 177.* erudite deducit, quod nec immemorialis præſcriptio attendenda ſit, ſi actus primæ apprehenſæ poſſeſſionis, vel uſus, in ſe prorſus illicitus, aut vitioſus ſit; quod in caſu, ubi illud liquido, ſine proceſſus prolixitate oſtendi & demonſtrari poſſit, admitto.

§. XIII.

Cum ergo in confeſſo ſit, de jure civili Romano ad præſcriptionem longiſſimi temporis, nudam ſaltem exceptionem operantem, non niſi temporis lapſum requiri, & ad bonam fidem reſpiciendum non eſſe, illud adhuc enodandum remanet, utrum hoc civile jus, jure Canonico ſublatum, & in eo alia diſpoſitio facta ſit? ut opinantur communiter Dd. ſtatuentes: ex ſolo temporis lapſu non competere præſcriptionem,

niſi

Digitized by Google

niſi ſimul adſit bona fides, Valtej. *1. Conſ. 22. n.96.* Brunnem. *ad l.11.ff. de diverſ. & temp. præſcr. & ad l. 2. C. de annal. except.* Carpzov. *P. 2. Conſt. 3. Def. 8. n. 2. it. Lib. 1. Reſponſ. 40. n.13.ſeqq.* Gail. *L. 2. Obſerv. 18. n.6.* Cæphal. *Conſ.316. num.5.* Treutl. *P. 2. Diſp.22. th.6. ſub lit. a.* Frantzk. *L. 3. Reſponſ. 1. n. 298.* Cothman. *Vol. 2. Conſ.63. n.32.ſeqq.* & *Conſ.72.num.33.* Rittersh. *Different. Jur. Civ. & Can. Lib. 4. Cap.13.* Fachin. *1. Controv.63.* Mynſing. *Cent. 4. Obſ.6. n.3.ſeqq.* Struv. *Synt. Jur. Civ. Exercit.43. th.21.* & infiniti alii. Ubi per bonam fidem nihil aliud intelligunt, quam quod allegans præſcriptionem nullam ſcientiam juris, ab altero prætenſi, habuerit: non animadvertentes, quod præcipuum fundamentum omnis temporis præſcriptionis in præſumpta, vel jure imputata, alterius derelictione conſiſtat, ex qua poſt definitum temporis ſpatium bona fides ad excipiendum reſultat.

§. XIV.

Ad quam opinionem refutandam manifeſtum eſt, in jure Canonico *alleg. tit. de præſcript.* non de alia præſcriptionis ſpecie agi, quam quæ ipſum dominium, ſeu ejusdem acquirendi modum tribuit, ſive iſta longi, ſive longiſſimi temporis ſit, ſicque minime de præſcriptione, exceptionem tantum operante, *ibidem* diſponi. In cujus aſſerti probationem, provoco ad ſanum cujusque judicium, in perlegendis *alleg. text.* adhibendum: Et ſane unicuique adparebit, Dd. JCtos incaute illa, quæ *ibidem* de præſcriptionibus, jus quoddam perpetuum tribuentibus, (uti hoc adparet imprimis ex *cap.3. alleg. tit.*) ad omnes præſcriptionum ſpecies adplicaſſe, inque hoc ſuo defeciſſe judicio. Non enim ſalvat Dd. ſententiam *Cap.5. vel ultimum,* quod in iſto dicitur: nullam antiquam dierum poſſeſſionem juvare aliquem malæ fidei poſſeſſo-

ſeſſorem; & in hoc reperitur: nullam valere absque bona fide præſcriptionem. Quod enim ad *capitulum ultimum* attinet, ibi ſatis explicantur hæc verba: *nulla præſcriptio*, per mox ſequentia: *tam civilis quam canonica*, ut ſenſus ſit, tam in præſcriptione rerum, quæ laici juris ſunt, quam in præſcriptione Eccleſiarum, pro jure quodam poſitivo acquirendo, neceſſariam eſſe bonam fidem: ſicuti & verba *Cap. V.* non alium ſenſum, vel intellectum habere, vel admittere poſſunt, quam quod nulla præſcriptio, talis videlicet, de qua *hoc loco* in jure canonico agitur, *ut diximus ſupra*, absque bona fide ſubſiſtere debeat: in quo jus canonicum aliquadantenus quoque conforme eſt diſpoſitioni juris civilis novioris, quæ ſupra *ſ. X.* adducta eſt; Quod vero ad antea expoſitam meam opinionem attinet, iſta per illud magis adhuc certa redditur; quod in *Cap. 6. alleg. loc.* contra Dd. ſententiam habetur: Ibi enim Alexander III. Pontifex in caſu ubi ſuper decimis a duabus Eccleſiis litigatum eſt; quarum una in litem vocatas decimas 40. annis in alterius paroecia poſſediſſet, ita Mauritano Epiſcopo reſcripſiſſe legitur: *Tuæ fraternitati tenore præſentium innoteſcat, quod de jure divino & humano melior eſt conditio poſſidentis. Quia quadragenalis præſcriptio NB. omnem prorſus actionem excludit.* Nulla hic, de bona fide requirenda, mentione facta: quam potius in hoc caſu non adfuiſſe hoc manifeſti indicii loco eſſe poteſt, quod altera Eccleſia decimis in alterius paroecia uſa ſit, hoc enim absque mala fide, & ſcientia rei ad ſe non pertinentis vix fieri poſſe eo magis certum eſt, quo ejusmodi perceptiones decimarum ex aliarum Eccleſiarum paroecia obſervantiæ communi repugnare ſatis conſtat. Ex quibus ſane evidentiſſime adparet, defendenti mihi opinionem: quod non in quacunque præſcriptione; ſeu ſpecialius, quod

Digitized by Google

non in iſta, quæ nudam ſaltem exceptionem tribuit, bona fides neceſſaria ſit, juris canonici diſpoſitiones, de hac materia extantes, contrarias dici non poſſe: per conſequens Dd. pro tuenda contraria ſententia jure canonico hactenus contra ipſius verum ſenſum, & ſimplicem rationalem intellectum abuſos eſſe. Qualis inſignis lapſus ſane de tantis, & tam eruditis viris, quos omnes allegaſſe non prodeſt, admodum mirandus foret, ſi magna iſta præconceptæ opinionis, & præjudicii auctoritatis vis, ex eaque reſultans exſcribendi pruritus, ingeniis præcipue tardioribus conſuetus, diu perſpectus cognitusque non eſſet.

§. XV.

Ex his ita traditis invictum quidem ſe format argumentum, quod quæcunque ſententia ſe fundat in jure quodam, in quo eidem contraria diſpoſita ſunt, non poſſit non eſſe erronea, facillimaque nunc ſit hujus majoris propoſitionis ſubſumptio, & adplicatio ad præfatam Dd. opinionem. Tamen contrariam mihi manere, dicis, totius Imperii obſervantiam & praxin, quæ omnino, tam propter antiquitatem, quam præ ſe fert, vid Specul. Suevicum *L. 1. c. 5. ∬. 2.* & Conring *de Orig. Jur. Germ.* Mev. *ad Jus Lubec. L. 1. Tit. 8. ∬. 18. & 19.* quam etiam propter tot præjudiciorum in ipſa Camera pronunciatorum autoritates ſequenda videtur, & de quibus omnis fere Dd. cohors teſtatur; ex quorum multitudine, ut paginæ parcatur tantum hic allego Gail. *L. 2. Obſ. 18. num. 6.* Mynſingerum *Cent. 4. Obſ. 6. n. 3. ſeqq.* & Erneſt. Cothmann. *Reſp. 63. Vol. 2. n. 32. ſeqq.* qui hujus obſervantiæ luculentiſſimi teſtes ſunt. Sed ſalva nihilominus res eſt, cum unicuique ſatis manifeſtum, ac cognitum eſſe poſſit, quod nulla praxis, vel conſuetudo, quæ errore primum introducta & obtenta eſt, in ſimilibus obtinere debeat, ſunt verba *l. 39. ff. de LL.*

Proin-

Proinde quoque prædicta & contraria ſententia, tanquam omnino errore, & falſo juris intellectu primum introducta, ac poſtea ſic praxi & conſuetudine obtenta, in ſimili merito ſervanda non erit, neque juxta illam cordatus judex ſalva conſcientia pronunciare poterit, cum hæc deducta veritati conſentanea deprehenderit.

§. XVI.

Accedit porro, quod non deſint, qui etiam meæ opinionis obſervantiam affirment ac defendant, vid. Menoch. *de præſumt. Lib. 3. præſ. 130.* Barboſa *locuplet. voce mala fide axiom. 9.* Alciat. *ad cap. ult. de præſcr.* Fabian. de Monte *in tract. de emt. & vend. qu. 7.* Rauchbar. *P. 2. qu. 28. n. 32. ſeqq. & plures alii JCti antiqui,* ſtatuentes: poſt adimpletam longiſſimi temporis præſcriptionem neminem allegatione malæ alterius fidei audiendum eſſe; quibus ſane eis, qui præter veritatem etiam communiorum opinionum calculum quærunt, ſatisfacere poſſem, ſi paginam eorundem allegationibus inutiliter conſumere non vererer, neque inſuper tempore, ad evolvendos illos neceſſario, deſtitueret. Præter allegatos vero a me, unusquisque cui hoc volupe eſt, multorum adhuc antiquiorum JCtorum, nobiscum ſentientium, catalogum invenire poterit apud Philipp. Port. *in Libr. commun. opinion. concluſ. 32. & 44. Libr. 3.* utpote qui hanc opinionem copioſiſſime ibidem tractat, & multos pro noſtra ſententia allegat, quamvis ipſe ſubſcribat contrariæ. Quibus ex novioribus addi poſſunt Zangerus *de Except. P. 3. cap. 10. num. 127.* Gebhardus *Tr. de Uſucap. cap. 5. n. 17.* Matth. Coler. *de proceſſ. execut. P. 1. c. 3. n. 13. & ad cap. ult. de præſcr.* quique illum citat *ante alleg.* Hahnius *ad Weſenb. cit. loc.* utpote qui opinionem meam in puncto juris veriorem aſſerit, licet ex alio mihi non probato fundamento.

Digitized by Google

§. XVII.

Noviſſime quoque, & omnium optime meam opinionem doctiſſimis rationibus & argumentis pro more ſuo defendit Wittebergenſium lumen Dn. Berger *in Tr. Elect. Diſceptation. forenſ. ſecundum ſeriem Ord. Proc. Saxon. Tit. 9. obſ. 5.* ubi toties, *inquit*, jure Canonico ad præſcriptionem neceſſaria eſt bona fides, quoties agitur de effectu conſequendi dominii, minus vero quoties agitur de effectu exceptionis; Et eodem jure bona fides requiritur ad præſcriptionem rerum corporalium, ſeu latius ad præſcriptionem actionum perſonalium. Quam ſuam ſententiam uti rationibus, ita quoque multorum Dd. calculo fulcit, tam extraneorum, quam etiam Saxonum; ſicut & ipſius Saxonici juris non aliam mentem eſſe erudite oſtendit, & praxin contrariam jamjam per aliquot tempus in Summo Electoratus Saxonici Appellationum Judicio rejectam ac improbatam, e contra noſtram ſententiam receptam eſſe, & Wittebergæ quoque ſe ſecundum illam pronunciare, ipſis præjudiciis annexis, additisque abunde teſtatur. Ut igitur ſatis adpareat, ſententiam meam nec rationibus, nec Doctorum calculo, nec ipſa quoque praxi deſtitui.

§. XVIII.

Ut tamen adhuc magis ſenſus & veritas opinionis meæ in oculos mentis incurrat; proponam caſum, in quo de hac materia prolixe diſputatum, & contra Dd. communem opinionem juxta ea, quæ hactenus oſtenſa ſunt, pronunciatum eſſe certiorem me reddidit *Magnif. Dn. Præſes.* Mevius ſtudioſus in Univerſitate N. conſtitutus, Sempronii Profeſſoris menſa & domo fruens, cum ob mortem matris in patriam ſubito revocaretur, pro accelerando itinere & ſolvendis debitis, mutuo accipit a Sempronio 200. imperiales, quos chirographo dato ſolvendos agnoſcit; brevi poſt accidit, quod

per

per interpoſitionem Mevii, Sempronius hujus quondam hoſpes & Profeſſor, eiusdem ſororem in uxorem duxerit, ſatis locupletem, nullam poſthac de prædicto debito unquam mentionem faciens. Deinde pluribus quam triginta annis præterlapſis moritur creditor Sempronius, ſupervivente adhuc ipſo debitore Mevio, quem illius heredes ex chirographo, inter res defuncti invento, ad ſolvendam prædictam ſortem cum uſuris conveniebant, hic autem exceptionem tacitæ remiſſionis, in longiſſimo temporis lapſu fundatam, opponebat. Quærebatur itaque, quis audiendus ſit? Sane ſecundum Dd. opinionem, quicunque habet ſcientiam rei alienæ, in mala conſtitutus eſt fide, & per conſequens nulla procedet præſcriptio. Verum quod ad conſequentiam attinet *ſſ. præced.* jam probavi, iſtam Dd. hypotheſin ſuo deſtitui fundamento & admittendam non eſſe, tanquam jur. civ. contrariam, in jure vero Canonico neutiquam fundatam! ſic enim debitum a debitore ipſo nunquam præſcribi poſſet, quod tamen cum fundamentis præſcriptionis longiſſimi temporis pugnat, licet nonnulli ex cœca præconcepta opinione aliud perſuaſum ſibi habeant, juri Canonico mentem, quam non habet, affingentes, ſibique ipſis varie contradicentes, vid. Carpz. *1. Reſponſ. Elect. 33. n. 10.* Rennem. *de Jur. rer. D. 44. th. 13.* Struv. *S. J. C. Exercit. 43. Tit. 3. th. 20. 21.* Neque enim dici poterat, excipientem tanquam ipſum debitorem qui chirographum pro manu ſua agnoſcebat, aut certe jurato diffiteri nolebat, ſemper propter ſcientiam ſummæ debitæ fuiſſe, & eſſe in mala fide; licet enim optima fide hic agnoſcat, ſe debuiſſe, & chirographum dediſſe, poſt longiſſimo tempore non inſtitutam actionem, tacitam remiſſionem præſumendam eſſe, citra ullam malam fidem allegabat: & licet contradicentes regererent, quod eo minus animus donandi, vel debitum remittendi præ-

ſumendus ſit, quod dictum chirographum tam ſollicite ad extremum vitæ incancellatum cuſtodiverit creditor, exinde tamen formata præſumptio hominis, per præſumtionem juris, multo fortiorem, facile refellebatur, ut exinde unicuique, præjudiciorum auctoritatibus non gravato; contrarium ſatis patuerit: quapropter etiam ejusmodi falſis ratiociniis & brocardicis non obſtantibus, recte contra Dd. opinionem judicatum fuit, & in ſimilibus ſemper pronunciandum erit.

§. XIX.

Porro ſententiæ noſtræ veritas, videlicet ad alterius alias competentem actionem, exceptione temporis legitimi, in quo agere debuiſſet, elidendam, bonam fidem neceſſariam non eſſe, ſatis manifeſta redditur exemplo actionis injuriarum, quæ per annum non intentata, ex communi Dd. approbatione, ſecundum juris diſpoſitionem amplius competere non poteſt, ſed eidem tunc recte præſcriptum eſſe, in confeſſo eſt; cum tamen certiſſimum ſit, illum injuriantem præſcriptione, bona fide qualificata, ſe tueri non poſſe. Sicut & idem in omnibus in ſpecie ſic dictis temporalibus actionum & delictorum præſcriptionibus, de quibus agunt Dd. *ad tit. de diverſ. & tempor. præſcript.* ſatis clarum eſt.

§. XX.

Deinde quoque ſententiam meam firmant termini peremptoriales, quibus vel legis, vel judicis autoritate intra certum tempus ſub pœna præcluſionis aliquid expediendum jubetur, ita ut tempore præfinito elapſo, alter non audiatur; quicquid ſit de poſſeſſoris ſcientia rei alienæ, ſeu ejus mala, vel bona fide: ſic ex. gr. termino probatorio præterlapſo, vel ſi intra decem dies appellatum non ſit, poſtea non datur regreſſus; ita quando vel in proceſſu concurſus creditorum, vel ad inſtantiam emptoris magni alicujus prædii, pro ejus meliori

ſecu-

ſecuritate, omnes quorum intereſt edictaliter citantur, ut prætenſa jura intra certum determinatum tempus proponant, illo elapſo, poſtmodum non audiuntur. Quæ cum in confeſſo ſint, nulla ſane ſolida ratio, ſeveram præcluſionem quarumcunque actionum *in l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* injunctam, in alium ſenſum torquere poteſt; potius, ſi pro tuenda contraria ſententia Dd. ad æquitatem provocant, iſtam admodum cerebrinam eſſe, ſatis apparet.

§. XXI.

Tandem & in manifeſta, imo & confeſſata ſcientia rei alienæ, temporis lapſu accedente, alterum non tantum jure ſuo excidere, ſed etiam quaſi poſſeſſori ex tacita derelictione domini jus in ejus[illegible] acquiri, exemplo ſunt; res incorporales, in quibus ſola patientia, & neglecta contradictio contra uſum alterius impedit liberam de re ſua diſpoſitionem, & alteri, qui ita longo tempore re alterius uſus eſt, irrefragabile jus concedit. *vid. cum mult. alleg.* Struv. *Synt. J. C. Exercit. 13. th. 36. junct. Exerc. 43. th. 15. & Exerc. 12. th. 13.* E contra in juribus negativis ex contradictione alteri facta, accedente temporis lapſu, facultas naturalis de re ſua libere diſponendi amittitur. *l. 3. §. 2. ff. de act. empt. l. 11. §. 1. de publ. in rem. act. l. f. de ſervit.* Ex quo principio, & quia obligationes inter res incorporales merito referuntur, recte concludendum exiſtimo, quod ſi ad exactionem alicujus crediti debitor contradixerit, prætenſionem alterius negando, ab eo tempore intra decem annos ſeu longum tempus, actionem alias triginta vel plures annos duraturam, extingui. Unde caſu contingente, quo quis ex chirographo defuncti heredem conveniebat, qui probabat, ad defuncti contradictionem, prætenſioni alterius oppoſitam, illum acquieviſſe; recte deciſum: Daß nunmehro die angebrachte Klage nicht ſtatt habe.

§. XXII.

Digitized by Google

§ XXII. Tantus quippe eſt effectus lapſus temporis, jure ad agendum, vel aliquid impetrandum determinati, ut licet de mala fide alterius conſtet, ille tamen exceptione, ſeu præſcriptione præterlapſi temporis, ſeſe tueri poſſit, quod non tantum in actione injuriarum & præſcriptione criminum, per retro adducta, apparet, ſed & ex temporibus reſtitutionum in integrum relucet; præfinito enim tempore præterlapſo, reſtitutionem denegari certum eſt, licet dolo, metu, abſentia, vel lubrico alicujus minorennis judicio, non ſine mala fide alterius res geſta dicatur; Et tandem natura præſcriptionis in eo conſiſtit, ut contra illum, qui negligentiam, & exinde imputatam remiſſionem declinare non poteſt, omnem litis ingreſſum impediat. vid. Weſenb. *Conſ. 14. n. 67.* Schurff. *Conſ. 32. n. 6.* & Zanger. *de Exc. P. 3. C. 10. n. 2.* Conf. Brunnem. *ad l. 4. C. de Præſcript. 30. vel 40. ann.* & hoc praxi obtinere teſtatur Coch *in Prax. For. Germ. P. 3. p. 343.* Pinell. *ad l. 2. C. de reſcind. vendit. P. 2. l. 2. n. 27.* Ex quo ſatis manifeſtum eſt, quod hoc modo unicuique exercitato Advocato facillimum futurum ſit negotium, Dd. contrariam ſententiam vere eludendi: exceptione enim præſcriptionis ita oppoſita, nunquam adverſarius ad m. f. probationem, quæ non niſi lite conteſtata fieri poteſt, devenire poterit. Hæc vero quæ practica ſunt, Dd. plerumque meri duntaxat theoretici, non animadvertentes, quid mirum, quod cum profundiſſima [quamvis ſua LL. ſcientia, ab ejusmodi lapſibus inſignibus ſibi præcavere non valeant. Sed his ita breviter oſtenſis pedem hic figo, ex rationibus in procemio adductis, grates offerens devotiſſimas Numini immortali, quod ad hunc meum laborem auxilio ſuo mihi adeſſe benigniſſime voluerit. Aſſiſtat mihi porro idem Numen in omnibus meis actionibus Spiritus Sui Sancti gratia, quo felix quoque aliquando omnium laborum meorum & beatus ſit

F I N I S.

A 11471654

Digitized by Google